عقد المقاولة في الفقه الإسلامي

إعداد طالب الدكتوراه
إبراهيم شاشو

إشراف الأستاذ الدكتور
أسامة الحموي

كلية الشريعة
جامعة دمشق

الملخص

أفرزت الساحة العمرانية نوعاً جديداً من العقود، وهو عقد المقاولة الذي يعدّ من العقود المعاصرة في الفقه الإسلامي التي كثر الإقبال عليها على الصعيدين الشخصي والحكومي .

وخضع هذا العقد لأحكام عقد الاستصناع وأحكام الأجير المشترك (إجارة الأعمال)، وجرى العرّف على العمل به .

كما تعددت أشكال المقاولة وصورها، وكثر التعاقد بموجبها تلبية للاحتياجات الاقتصادية والعمرانية في البلاد .

وهذا البحث يدرس أحكام عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، ويبحث في أنواعها وتكييفها الفقهي وأثرها في أطراف العقد، كما يبيّن بعض الأحكام المتعلقة به.

مقدمة:

تعددت أشكال المقاولة وتنوعت صورها في العصر الحاضر، وكثر الإقبال عليها سواء على الصعيد الحكومي بإنشاء العديد من المرافق الحكومية كالمصانع والمشافي والمدارس، أو على الصعيد الشخصي في الإنشاء والتعمير؛ مما كان له الأثر الواضح في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في هذا القطاع.

واستمدت المقاولة أحكامها من عقدي الاستصناع والإجارة على العمل (الأجير المشترك) في الفقه الإسلامي.

كما نُظِّم عقد المقاولة في القوانين المدنية والوضعية والإسلامية على نحو جيد يتناسب وأهمية هذا العقد في الوقت الحاضر، وتأثيره في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية .

واعتنى بعض الباحثين في الفقه الإسلامي بدراسة عقد المقاولة وتخريج أحكامه بما يتفق وأصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، ومن هذه الدراسات:

- أحكام عقد المقاولة . تأليف: د. فتيحة قرة
- عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي . تأليف الدكتور علي أبو البصل

وسأقوم من خلال البحث بتأصيل أحكام المقاولة في الفقه الإسلامي من خلال المذاهب الفقهية المعتمدة بعد بيان ماهيته وأنواعه وأصل مشروعيته، مع مقارنة ذلك بأحكام المقاولة في بعض القوانين المدنية المستمدة من الشريعة الإسلامية كالقانون المدني الأردني والإماراتي والكويتي، مراعياً المنهجية العلمية في البحث من حيث عرض المسائل وعزوها إلى مصادرها المعتمدة، مع الالتزام بشروط النشر في المجلة .

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة .
المبحث الثاني: تكييف عقد المقاولة ومشروعيته .
المبحث الثالث: صور إبرام عقد المقاولة .
المبحث الرابع: أركان عقد المقاولة وشروطه.
المبحث الخامس: آثار عقد المقاولة .
المبحث السادس: انتهاء عقد المقاولة .
المبحث السابع: أحكام تتعلق بعقد المقاولة .
خاتمة: نتائج البحث

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة

- **المقاولة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقاولة إذا فاوضه وجادله، وتقاولوا في الأمر: تفاوضوا.**

وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر . (1)

- المقاولة في الاصطلاح الشرعي:

لا يوجد في الفقه الإسلامي تعريف محدَّد للمقاولة نظراً إلى عدم وجود هذا المصطلح في الزمن الماضي، ولكن عرّف أصل هذا العقد وهو عقد الاستصناع .

وقد ورد ذكره عند المتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم، مستندين في ذلك إلى العقود المطابقة لأوصافه كعقد الاستصناع والإجارة .

فقد عرّفت مجلة الأحكام العدلية في المادة (124) الاستصناع بأنه: (عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنِع، والشيء مصنوع) (2).

وعرّفه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: (المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر) (3).

وعرّفه الدكتور رفيق يونس المصري بقوله: (عقد المقاولة: اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر) (4).

وجاء في المادة (780) من القانون المدني الأردني: (المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر) (5)

---

(1) انظر: تاج العروس: الزبيدي 641/5، لسان العرب: ابن منظور 345/5، المعجم الوسيط ص 767
(2) شرح المجلة، علي حيدر 99/1
(3) العقود المسماة ص 276
(4) الجامع في أصول الربا ص 380
(5) انظر أيضاً: المادة (661) كويتي، المادة (872) إماراتي

من خلال التعاريف السابقة يمكن الخلاصة إلى أن عقد المقاولة هو:

(اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يصنع للطرف الآخر شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر).

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة:

من خلال التعريف السابق لعقد المقاولة يمكن معرّفة أوصافه وخصائصه وهي: [6]

1 – عقد رضائي: أي أنه ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على مضمونه بتمام الإيجاب والقبول وتطابقهما، ويقع التراضي في عقد المقاولة على شيئين هما:

- الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول .
- البدل الذي يلتزم به صاحب العمل .

2 – عقد معاوضة: أي أن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة مقابل ما يقدمه للطرف الآخر .

3 – عقد ملزم للطرفين: أي أن عقد المقاولة يرتّب التزاماً على طرفي العقد منذ إبرامه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل وتسليمه، كما يلتزم صاحب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه ويدفع البدل .

4 – عقد وارد على العمل: فالعمل يعدُّ عنصراً جوهرياً في عقد المقاولة، والمقاول فيه يقوم بالعمل باستقلال تام، ولايخضع لأي نوع من أنواع التبعية أو الإشراف من جانب صاحب العمل .

5 – عقد محدَّد: أي يستطيع كل طرف أن يحدد عند التعاقد قيمة ما يأخذه بمقتضاه وقيمة ما يعطي دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقد الغرر[7].

---

(6) انظر: العقود المسماة: د. وهبة الزحيلي ص 276، الوسيط في شرح القانون المدني: د. عبد الرزاق السنهوري 7/5-6، عقد المقاولة والتوريد: د. علي أبو البصل ص 27

(7) عقد الغرر: هو العقد الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يحدد عند العقد مقدار غنمه وغرمه بمقتضى العقد، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر مجهول أو غير محقق الحصول كعقد الجعالة . انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي . الدكتور الصديق الضرير ص 53 - 54

6 – عقد زمني: أي أن الزمن عنصر جوهري فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدَّر به العمل، وهذا يعني أن الالتزامات تتقابل فيه تقابلاً تاماً، لا في الوجود فحسب بل أيضاً في التنفيذ، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر .

والعقود الزمنية يمتد تنفيذها ويتراخى إلى أجل يحدد ضمن العقد كعقد الإجارة، ويقابل العقدَ الزمني العقدُ فوري التنفيذ كعقد البيع .

والعقد الزمني يتميز عن العقود الفورية بأمرين:

الأول: لا ينسحب أثر الفسخ في العقد الزمني على الماضي، لأن ما نُفِّذ منه لا يمكن إعادته، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة إلى ما يأتي من الزمن بعد الفسخ .

الثاني: أن العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق أحكام هذه النظرية عليها إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً . (8)

المبحث الثاني: تكييف عقد المقاولة ومشروعيته

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقد المقاولة:

عقد المقاولة يشبه في مضمونه بعض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي كعقد الاستصناع وعقد الإجارة على العمل .

أما شبه المقاولة بعقد الاستصناع فيكون في حالة تقديم المقاول المواد الأولية اللازمة للعمل فضلاً عن العمل والخبرة اللازمة في عملية التصنيع .

وفي هذه الحالة عندما تكون المادة والعمل من المقاول يتفق عقد المقاولة مع عقد الاستصناع الذي أجازه الحنفية استحساناً ؛ فيأخذ أحكامه وآثاره ويتقيد بشروطه المعروفة في الفقه الإسلامي.(9)

---

(8) انظر: النظريات الفقهية: د.فتحي الدريني ص 344، المدخل الفقهي العام: د.مصطفى الزرقا 583/1

(9) انظر: بدائع الصنائع: الكاساني 209/5، فتح القدير: الكمال بن الهمام 355/5، حاشية ابن عابدين 222/4 وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الاستصناع سَلماً فأعطوه حكم السَّلم وشروطه . انظر: مواهب الجليل: الحطاب 349/3، الأم: الإمام الشافعي 116/3، المغني: ابن قدامة 213/4

وأما شبَه المقاولة بعقد الإجارة على العمل فيكون ذلك عندما يقتصر التزام المقاول بالعمل فقط، وتكون المواد اللازمة لذلك مقدمة من قبل صاحب العمل .

وهذا يشبه في الفقه الإسلامي الأجير المشترك وهو الذي يعمل لعامة الناس كالصَّباغ والحداد والكوّاء وغيرهم، ويتعاقد مع كثيرين على مثل هذا العمل أو غيره في زمن واحد ويعمل مستقلاً عن صاحب العمل . (10)

لكن عقد المقاولة أصبح منفصلاً عن كل من عقد البيع والاستصناع والإجارة، وصار عقداً مستقلاً له أركانه وشروطه وأحكامه وآثاره الخاصة، وإن كان له شبه بتلك العقود من حيث الأصل إلا أنه عقد مستقل متميز عن تلك العقود .

والخلاصة أن عقد المقاولة يلتقي مع غيره من العقود بخصائص عديدة كونها عقوداً رضائية وملزمة للجانبين ومحلها القيام بعمل ومن عقود المعاوضات .

فأحكام عقد المقاولة تشملها وتنطبق عليها وتعد من صورها وأنواعها، إلا أنه يظل عقدا مستقلاً قائماً بذاته ؛ شأنه في ذلك شأن عقد الاستصناع والسَّلم والإجارة وغيرها من العقود .

أما القوانين المدنية المعاصرة فقد وصفت كيفية المقاولة وقصرتها على حالتين حسب الاتفاق:

1. إما إن يتعهد المقاول تقديم العمل فقط، ويقدم صاحب العمل المادة المستخدمة في العمل.
2. وإما أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل، المادة التي يتطلبها العمل أو البناء، مع القيام بالعمل وما يتطلب ذلك من عمّال وأدوات أو آلات لازمة في العمل .

وفي كلتا الحالتين يكون العقد مقاولة وليس استصناعاً أو إجارة في أي منهما، وبهذا يجب في عقد المقاولة وصف المحل وبيان النوع والمقدار وطريقة الأداء ومدة الإنجاز ومقدار البدل المدفوع وطريقة دفعه، وبعد أداء العمل يجب أن تكون المواد مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها في دفتر الشروط. وعلى المقاول أيضاً ضمان العمل المقدّم والمواد التي يتضمنها طبقاً لأحكام الضمان وقواعد المسؤولية العقدية . (11)

---

(10) انظر: بدائع الصنائع: الكاساني 174/4، المغني: ابن قدامة 327/5، كشاف القناع: البهوتي 546/3. والأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة يستحق عليها الأجر ولا يجوز له العمل لغيره قبل انتهائه من عملـه الأول، وتقـدر المنفعة بالمدة كالموظف والعامل في المصنع واستئجار المرضع .

(11) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص 483 - 484

المطلب الثاني: مشروعية عقد المقاولة:

عقد المقاولة من المعاملات المعاصرة التي لم يبحثها فقهاؤنا في الزمن السالف، لكنهم بحثوا مسائل تشبه صوراً من عقد المقاولة .

وتستند مشروعية عقد المقاولة إلى أدلة من القرآن والسنة، وهي تشمل أيضاً أدلة مشروعية الاستصناع والإجارة . (12)

1 – من الكتاب: قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أوفُوا بالعُقُود } [المائدة: 1]

وجه الاستدلال: أن الآية الكريمة أمرت بالوفاء بكل عقد لا يناقض الشرع ولم يرد نص بتحريمه، كما تدل الآية على أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الشارع على النهي عنه .

2 – من السنة: أحاديث عديدة منها:

أ – ما رواه أنس بن مالك t قال: صنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً وقال: (إنا اتخذنا خاتماً ونقشنا فيه نقشاً فلا ينقش عليه أحد)، قال: فإني لأرى بريقه في خنصره . (13)

ب – ما رواه سهل بن سعد t أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى امرأة أن مُري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس، فأمرته فعملها فأرسلت بها إلى رسول الله r، فأمر بها فوضعت فجلس عليها) (14)

ج - ما رواه أنس t أن خياطاً دعا رسول الله صلى الله عنه وسلم لطعام صنعه، قال أنس: فذهبت مع النبي r إلى ذلك الطعام . (15)

وجه الاستدلال بهذه الأحاديث: أن الأعمال الواردة في هذه الأحاديث هي إما من عقود الاستصناع كصناعة المنبر والخاتم، أو من عقود الإجارة المشتركة كالخياطة، ويقاس عليها بقية المهن

---

(12) انظر: المدخل الفقهي العام: د.مصطفى الزرقا 482/1، الفقه المقارن: د.فتحي الدريني ص521

(13) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس ، باب الخاتم في الخنصر رقم 5874

(14) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النجار رقم 2094

(15) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب الخياط رقم 2092، ومسلم في كتاب الأطعمة بـــاب جـــواز أكل المرق رقم 5293

والصنائع، وهي عقود مقاولة واردة على العمل ويقوم بها العامل بإدارته الخاصة مقابل بدل متفق عليه.

المبحث الثالث: صور إبرام عقد المقاولة:

من خلال استقصاء صور إبرام عقد المقاولة يتبيّن لنا ثلاث صور لها:

المطلب الأول: المقاولة المباشرة أو الأصلية:

وهو عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد، وفي هذه الصورة يتعهد المقاول بتنفيذ العمل المطلوب منه بحسب المواصفات والمقاييس التي يزوده بها صاحب العمل سواء قدم المواد مع العمل أو قام بالعمل فقط .

ففي هذه الصورة يتفق المقاول مباشرة مع المستفيد من العمل، وينفذ العمل بنفسه دون حاجة إلى التعاقد مع غيره لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد . (16)

المطلب الثاني: المقاولة من الباطن:

إذا اتفق مقاول مع شخص آخر على أن يقوم له بعمل معين كأن شرط في العقد أن يقوم به بنفسه، أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك فليس للمقاول أن يكِل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى شخص آخر، وذلك كأن يكون محل المقاولة عملاً فنياً وعُهِد إليه لمهارته وإتقان عمله وسمعته الحسنة .

وإن لم يكن هناك شرط، أو كانت طبيعة العمل لا تقتضي أن يعمل المقاول بنفسه فللمقاول أن يتفق مع مقاول آخر على تنفيذ العمل كله أو بعضه، وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قِبَل صاحب العمل، ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل .

فالقوانين المدنية أجازت للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فعندئذٍ يتحتم على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه . (17)

---

(16) عقد المقاولة: الدكتور وهبة الزحيلي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة 2003م

(17) انظر: م (890-891) إماراتي، م (798-799) أردني، م (680-683) كويتي .

وهو مأخوذ من فقه المذهب الحنفي الذي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع . [18]

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه لو أطلق العقد حين الاستئجار فللأجير أن يستأجر غيره

كما نصت على أن الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره. [19]

وتقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والمنشآت والمشاريع الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب وتحتاج للقيام بها إلى خبرات عديدة من فنيين ومهنيين وجهود كبيرة لا يستطيع المقاول القيام بها وحده، فيلجا إلى الاتفاق مع مقاول آخر أو أكثر للقيام بتنفيذ العمل كله أو بعضه، كأن يعهد بالبناء لمقاول ما وأعمال الإكساء لآخر وأعمال تمديدات المياه والتبريد والكهرباء لثالث.

ويسمى المقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل بالمقاول الأصلي أو الأول، ويسمى الشخص الذي عهد إليه للقيام ببعض الأعمال أو كلها بالمقاول الثاني أو من الباطن .

والأصل أن لا تقوم علاقة مباشرة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي عقد، ولا يطالب كل منهما الآخر بتنفيذ التزاماته إلا من خلال المقاول الأصلي . [20]

المطلب الثالث: عقد المقاولة الموازي:

في هذه الصورة تلتزم مؤسسة مالية ببناء عمارة شاهقة أو مصنع كبير ونحو ذلك لكنها لا تقوم بنفسها بالتنفيذ وإنما تتفق مع جهة أخرى متخصصة بتنفيذ هذا المشروع كاملاً حسب المواصفات والشروط التي التزمتها من حيث البدل والمدة، ويكون لها هامش ربح بشرط انفصال أو استقلال عقد المقاولة الثاني عن الأول، وهذا سائغ شرعاً على أساس ما يعرّف بالاستصناع الموازي .
والاستصناع الموازي: عقد مستقل عن عقد الاستصناع الأول يحقق المطلوب في العقد الأول، ويراعي المواصفات المتوافقة مع العقد الأول مع ملاحظة زمن التسليم المحدد فيها وتمكين الطرف الثالث من تنفيذ مقتضى العقد الثاني بصفته بائعاً مما يستحق له بالعقد الأول بصفته مشترياً، ويتم تسليم المصنوع بصفة جزئية أو متدرجة في مواعيد معلومة . [21]

---

(18) انظر: حاشية ابن عابدين 9/24-25

(19) المادة (571,572) من مجلة الأحكام العدلية ، انظر: شرح المجلة: علي حيدر 1/561 - 562

(20) انظر: العقود المسماة: د. وهبة الزحيلي ص 280، الوسيط . السنهوري 7/225

(21) عقد المقاولة: الدكتور وهبة الزحيلي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة 2003م

ويتم اللجوء إلى هذه الصورة في الغالب عندما يحتاج صاحب العمل إلى تمويل مالي ليتمكن من إقامة مشروعه وإنجاز عمله، فيدخل مع مصرف ما بعقد مقاولة، ويلتزم المصرف بأن يسلمه المحل وفق الشروط والمواصفات التي يرغب بها مقابل بدل يلتزم به صاحب العمل بعد إنجاز العمل يدفع في الغالب على أقساط محددة ومؤجلة، بينما يقوم المصرف بالتعاقد مع جهة تنفيذ هذا العمل بالشروط والمواصفات نفسها التي نص عليها في العقد الأول لقاء بدل يدفعه المصرف لهذه الجهة المنفذة، مما يعد هذا وسيلة تمويلية شرعية تحقق للمصرف ربحاً معقولاً بطريقة مشروعة، كما يلبي حاجات أصحاب المشاريع الراغبين في تملك أبنية أو بيوت سكنية أو مصانع ولا يملكون المال الكافي لسد النفقات المطلوبة .

المبحث الرابع: أركان وشروط عقد المقاولة:

أركان عقد المقاولة الأساسية أربعة: الصيغة والعاقدان والمحل والبدل .

المطلب الأول: الصيغة

صيغة العقد: هي التعبير الصادر من العاقدين المفيد معنى التملك والتمليك .

والصيغة عند العقد تعبير عن إرادة المتعاقدين في التعاقد فيجب أن تكون بلفظ يدل على التراضي بتبادل الملك بحسب عرّف الناس وعاداتهم، فتنعقد بكل لفظ تعارف الناس التعاقد به واعتادوا عليه سواء أكان بالألفاظ الصريحة كقول: قاولتك، أو الكنائية مادام يعبر عن التراضي وإرادة التعاقد، ويعبر عن الصيغة عند الفقهاء بالإيجاب والقبول .

ويشترط في الصيغة الشروط العامة للصيغة في سائر العقود من حيث تطابق الإيجاب والقبول واتصالهما في مجلس التعاقد، ووضوح دلالتهما على إرادة المتعاقدين .[22]

التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة:

إذا كانت المقاولة بين غائبين فإن التعاقد لا يتم إلا بواسطة ما، فقد تكون عن طريق المكاتبة أو إرسال رسول أو البرقية أو الهاتف أو الفاكس أو الإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة .

---

(22) انظر: بدائع الصنائع: الكاساني 132/5، حاشية ابن عابدين 24/7، بداية المجتهد: ابن رشد الحفيد 170/2، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني 328/2، كشاف القناع: البهوتي 147/3 .

فمجلس العقد بالنسبة إلى الطرفين هو مجلس العلم بما تتضمنه المكالمة أو الرسالة من إيجاب فإن صدر القبول انعقد العقد، وإن أعرض مَن وُجّه إليه الإيجاب صراحة أو دلالة لم يصح، ولا ينعقد أيضاً برجوع الموجب قبل القبول . (23)

وقد نصت المادة (102) من القانون المدني الأردني على أنه: (يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد، وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس)

التصميم والمقايسة ودفتر الشروط:

غالباً ما تكون عقود مقاولات البناء مصحوبة بمجموعة من الوثائق التي يحددها الطرفان أو يوافقان عليها وهي كما يأتي: (24)

1 – التصميم الذي يجري العمل بمقتضاه .

2 – المقايسة: وهي بيان مفصَّل للأعمال الواجب القيام بها والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال والأجر الواجب دفعه عن كل عمل وأسعار المواد التي تستخدم .

3 – دفتر الشروط: ويتضمن طريقة التنفيذ ومواعيده وغير ذلك، وكثيراً ما يقوم صاحب العمل بإبرام عقد المقاولة عن طريق المناقصة ولاسيما الأعمال الكبيرة، فيعلن عن المسابقة عبر الصحف ووسائل الإعلام التي تتضمن دعوة كل من يريد الدخول إلى المناقصة لوضع تصميم للعمل أو تقديم عرض لبيان الأجور للأعمال المفصلة في المناقصة.

ويعدُّ إعلان المناقصة دعوة إلى التعاقد من قبل الجهة طارحة المناقصة ولا يعدُّ إيجاباً، وإنما الإيجاب هو تقدُّم المناقص إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شرط فوزه بالمناقصة ورسوها عليه، فإذا ما رست المناقصة عليه كان هذا إيجاباً باتاً، وإرساء المناقصة على من قدم أنسب عطاء يعد هو القبول.

ولا مانع شرعاً من هذه الإجراءات الفنية التي تتطلبها الحاجة إلى تنفيذ المشاريع الضخمة كبناء السدود والمساكن الكبيرة وتعبيد الطرقات، لاندراجها تحت تحقيق مصالح الناس وعدم معارضتها

(23) انظر: حاشية ابن عابدين 26/7، الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي 2950/4، النظريات الفقهية: د.فتحي الدريني ص330

(24) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني: د. السنهوري 37/7-42، أحكام عقد المقاولة: د. فتيحة قرة ص83-86

للقواعد العامة في العقود، وهي تطبيق لأمر الشارع، قال تعالى: { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه } [البقرة: 282] .

المطلب الثاني: العاقدان

العاقدان في عقد المقاولة هما المقاول الذي يتعهد بتنفيذ العمل المطلوب، وصاحب العمل الذي يرغب بالحصول على المعقود عليه، ويشترط فيهما الشروط الآتية:

1 – أهلية التصرف: يشترط في عقد المقاولة أن يكون كل من المقاول وصاحب العمل متمتعاً بالأهلية التامة لإبرام العقد، والمقصود بالأهلية هنا أهلية الأداء وهي صلاحية الإنسان للقيام بالتصرفات الشرعية على وجه يعتد به شرعاً .

والسبب في اعتبار أهلية الأداء لممارسة عقد المقاولة كونه من العقود الدائرة بين النفع والضرر، فهو من عقود المعاوضات التي ترتب التزامات على كلا الطرفين .

فيشترط في كل منهما الأهلية الكاملة أو الإذن لصاحب الأهلية الناقصة . [25]

2 – أن يكون العاقد متعدداً: والمراد به أن يكون المقاول غير صاحب العمل، فلو كان المقاول هو صاحب العمل لم ينعقد العقد ووقع باطلاً .

وذلك لأن للمقاولة حقوقاً متضادة مثل التسليم والتسلم، ومثل طلب المقاول زيادة الثمن وطلب صاحب العمل نقصانه، ولا يعقل كون الشخص الواحد في زمان واحد مسلّماً ومستلماً طالباً ومُطالبَاً، وبذلك لا تؤمن المحاباة في العقد ولا يسلم غالباً من الغبن. [26]

المطلب الثالث: المحل:

محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد ؛ وهو العمل المطلوب تنفيذه. ويشترط فيه ما يأتي:

1 – أن يكون العمل ممكناً: يجب أن يكون محل المقاولة مما يمكن القيام به وفي مقدور المقاول، وإذا تعهد المقاول بعمل ليس باستطاعته القيام به كان عبثاً وإضراراً بالآخرين .

---

(25) انظر: المدخل الفقهي العام: د. الزرقا 800/2، الفقه الإسلامي وأدلته: د. الزحيلي 3317/4، فقه المعاوضات: د. أحمد الحجي الكردي ص182، العقود المسماة: د. محمد الزحيلي ص78-81

(26) انظر: حاشية ابن عابدين 14/7، بدائع الصنائع: الكاساني 536/6، العقود المسماة: د.وهبة الزحيلي ص19، فقه المعاوضات: د.أحمد الحجي الكردي ص182-183

والاستحالة تختلف حسب طبيعتها فقد تكون استحالة طبيعية أو شرعية أو قانونية .

واستحالة التنفيذ تجعل العقد باطلاً، وهذا يعني عدم إمكان أي شخص القيام بالعمل أي أنه مستحيل في ذاته، أما الاستحالة النسبية والتي تعني أن العمل مستحيل بالنسبة إلى بعض الأشخاص دون بعض ممن تنقصهم الخبرة فهذا لا يمنع من انعقاد المقاولة، واستحالة التنفيذ من جهة المقاول تجعله مسؤولاً عن التعويض .[27]

ونصت المادة (159) من القانون المدني الأردني على أنه إذا كان العمل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً.

2 – أن يكون العمل مشروعاً: يشترط أن يكون العمل الذي تعهد به المقاول مما أباحه الشارع، أما إن كان العمل مخالفاً لأحكام الشريعة ومنافياً للنظام العام والآداب فيكون عقد المقاولة باطلاً .

فلا تجوز المقاولة على فعل المعاصي وارتكاب الجرائم كالقتل والسرقة والزنا وتهريب المخدرات والمواد الضارة وإن كان مقدور الاستيفاء، وكذا تشييد بيوت الدعارة والقمار. [28]

ونص القانون المدني الأردني (م 163) على أنه: (يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، فإن منع الشارع التعامل في شيء، أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً)

3 – أن يكون العمل المعقود عليه معلوماً للعاقدين: علماً ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع غالباً ويحقق الرضا التام، ويتحقق ذلك بوصف المعقود عليه وتعيينه في العقد من خلال بيان نوعه وأوصافه وقدره وطريقة أدائه وكل ما يزيل الجهالة عنه ويجعله واضحاً بيناً لطرفي التعاقد .[29]

وقد سبق أن عقود المقاولات الكبيرة تكون مصحوبة بالوثائق التي تبيّن أوصاف المعقود عليه من التصميم والمقايسة ودفتر الشروط، وهذا مما يضيق أسباب النزاع ويعين على الوفاء بالعقد ويدفع كل لبس أو سوء تأويل .

ونصت المادة (782) من القانون المدني الأردني على أنه: (يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل) .

---

(27) انظر: حاشية ابن عابدين 75/9، الوسيط: د. السنهوري 58/7

(28) انظر: بدائع الصنائع 21/6، بداية المجتهد: 220/2، مغني المحتاج: 445/3، كشاف القناع: 559/3، الوسيط: د. السنهوري 7/57-58، الفقه الإسلامي وأدلته: د. الزحيلي 3817/5

(29) انظر: بدائع الصنائع: 549/5، القوانين الفقهية: ابن جزي ص161، مغني المحتاج: 453/3، كشاف القناع: 549/3، الفقه الإسلامي وأدلته: د. الزحيلي 3812/5

المطلب الرابع: البدل:

البدل هو المال الذي يلتزم صاحب العمل بأدائه للمقاول مقابل تنفيذ المقاول لما تعهد به من العمل حسب الشروط المتفق عليها .

وهو يقابل الثمن في البيع والأجرة في الإجارة، والبدل ركن من أركان العقد، ويشترط فيه:

أولاً – أن يكون معلوماً في العقد: وذلك بتحديده والاتفاق على مقداره ونوعه وصفته وقت التعاقد، لأن المقاولة من عقود المعاوضات التي فيها البدل ركناً من أركانها .

وكذلك الثمن في عقد البيع يشترط فيه أن يكون معلوماً ومقدوراً على تسليمه، فيجب ذكره في العقد وتحديد نوعه ومقداره وقت تأديته كقوله: مئة ألف ليرة سورية أو دولار أمريكي أو ريال سعودي .

ويجب بيان كيفية الأداء ووقته لأن هذا مما يختلف فيه عادة ويؤدي الجهالة فيه إلى المنازعة والخصومة. (30)

والأصل في هذا كله حديث رسول الله r : (من استأجرَ أجيراً فليُعلِمْه أجرَه) . (31)

ويتم تحديد البدل في عقد المقاولة على ثلاث صور: (32)

1 – تحديد البدل بمبلغ إجمالي:

وهي الصورة النمطية التي تتم في الغالب، ويتم تحديد البدل فيها بمبلغ مقطوع مقابل إنجاز العمل في مدة معينة . ويدخل في هذا المبلغ هامش الربح الذي يحصل عليه المقاول دون فصله عن المبلغ المذكور.

وهذا جائز شرعاً لاعتماده على التراضي ين الطرفين .

2 – تحديد البدل بتكلفة ونسبة ربح:

قد يتم إبرام عقد المقاولة على أن يحدد البدل بمقدار التكلفة الفعلية للمشروع بعد إنجازه مع إضافة نسبة ربح مئوية مثل 10% أو 15% أو أكثر من ذلك من التكلفة الواقعية .

(30) انظر: بدائع الصنائع: 18/6، مغني المحتاج: 439/3، حاشية الدسوقي 62/5، كشاف القناع 162/3

(31) السنن الكبرى للبيهقي 120/6 من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(32) عقد المقاولة: الدكتور وهبة الزحيلي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة 2003م

وتحسب التكلفة بحسب الفواتير التي يقدمها المقاول لصاحب العمل ويضم إليها نسبة الربح وهذا جائز في الفقه الإسلامي ؛ فقد أجاز الحنابلة والشافعية في قول كون الأجرة في الإجارة جزءاً من نماء العمل تشبيهاً بالمضاربة .(33)

3 – تحديد البدل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع – متر مكعب)

لا مانع شرعاً من تحديد البدل على أساس وحدة قياسية على أساس الإنجاز الفعلي بحسب المساحة بأصول معينة متعارف عليها بين المقاولين، كتحديد البدل عن كل متر مربع من العمل المنجز فتصير كل وحدة قياسية لها بدل معلوم متفق عليه بين المقاول وصاحب العمل حسب العرّف الشائع في ذلك.

ونص القانون الكويتي (م 886) على أنه: (إذا كان العمل مكوناً من عدة أجزاء أو كان المقابل محدداً على أساس الوحدة، جاز للمقاول أن يستوفي من المقابل بقدر ما أنجز من العمل بعد معاينته وتقبله على أن يكون ما تم إنجازه جزءاً متميزاً أو قسماً ذا أهمية كافية بالنسبة إلى العمل في جملته، وذلك ما لم يتفق على خلافه).

ثانياً – أن يكون البدل مشروعاً

يشترط في البدل أن يكون مشروعاً أو جائزاً التعامل به، وعليه لابد من توافر شرطين هما: المالية والتقوُّم .

واتفق الفقهاء على أن كل ما جاز ثمناً في عقد البيع جاز أن يكون عوضاً في عقد الإجارة وكذلك جاز أن يكون بدلاً في عقد المقاولة، لأن الإجارة والمقاولة من عقود المعاوضات المالية الشبيهة بعقد البيع .(34)

المبحث الخامس: آثار عقد المقاولة

كل عقد ينشئ التزامات على طرفي التعاقد، وعقد المقاولة يرتب التزامات معينة على كل من المقاول وصاحب العمل.

---

(33) انظر: المغني: ابن قدامة 26/5-27

(34) انظر: اللباب في شرح الكتاب: الميداني 88/2، بداية المجتهد: ابن رشد 220/2، روضة الطـالبين: النـووي 344/4، كشاف القناع: البهوتي 551/3

المطلب الأول: التزامات المقاول:

يلتزم المقاول بالتزامات بمقتضى العقد تشبه في الفقه الإسلامي التزامات الصانع والأجير المشترك والأجير الخاص، كما نصت القوانين المدنية على هذه الالتزامات: (35)

1 – إنجاز العمل المطلوب حسب شروط العقد: (36)

يجب على المقاول تنفيذ العمل الذي تعهد به في عقد المقاولة بالطريقة التي اتفق عليها في العقد وطبقاً للشروط الصحيحة الواردة فيه .

فإذا أخل بشرط منها جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل.

أما إذا كان إصلاح العمل ممكناً فيكون لصاحب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال مدة محددة، فإذا انقضت المدة دون إجراء التصحيح جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العقد على نفقة المقاول الأول .

2 – تسليم العمل بعد إنجازه:

مقتضى عقد المقاولة تسليم العمل وفق التنفيذ الصحيح الموافق لشروط العقد، ويكون التسليم بأن يضع المقاول الشيء الذي التزم بأدائه تحت سلطة صاحب العمل وتصرفه فعلاً بحيث يستطيع أن يمارس سلطته عليه كاملة .

ففي المقاولات العقارية كإنشاء السدود وبناء المنشآت وشق الطرقات فالتسليم يكون بالتخلية بين العمل وصاحب العمل وبتسليم المفاتيح إن وجد وهذا شأن الأشياء غير المنقولة .

أما إن كان موضوع العقد يمكن نقله فتسليمه يتم حسب الاتفاق في العقد، ويبقى الشيء المعقود عليه في ضمان المقاول وتحت مسؤوليته إلى أن يقوم بنقله إلى المكان المقرر تسليمه لصاحبه .

فإذا أخل المقاول بموضوع التسليم كاملاً في المكان والزمان الواجب تسليمه فيه يكون لصاحب العمل طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين بعد إعذار المقاول في الحالتين وللقاضي تقدير حق طلب الفسخ والتعويض. (37)

---

(35) انظر م (875-883) إماراتي، م (783 – 791) أردني

(36) انظر: عقد المقاولة: د. الزحيلي، مجمع الفقه الإسلامي الدورة 14

3 – ضمان العمل بعد تسليمه

الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية . (38)

ويشمل الضمان أيضاً الالتزام بصلاحية الشيء للانتفاع المعتاد وخلوه من العيوب مدة معينة بعد التسليم .

فالمقاول يضمن ما تولد عن فعله من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا، لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، وهو قول جمهور أهل العلم (قول الصاحبين - وبقولهما يفتى عند الحنفية - والمالكية والشافعي وأحمد في أحد قوليه). (39)

ويستثنى من ذلك إذا حصل الضرر أو الخسارة لسبب قاهر أو ظرف طارئ لا يد للمقاول في حدوثه ولا سبيل له لدفعه ولا يمكن التحرز عنه عملاً بالقاعدة الشرعية (كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه) .

تقدير التعويض:

يقدّر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة.

أما وقت تقدير الضمان فهو وقت وقوع الضرر، لأن الضمان يجب بالضرر وقت ثبوت الحكم وهو وقت وجود سببه فتعدُّ قيمة الضرر يوم وقوعه. (40)

وقد نصت القوانين المدنية على أنه إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول بإشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في

---

(37) انظر: عقد المقاولة والتوريد: د.علي أبو البصل ص167 . وانظر أيضاً: الاختيار لتعليل المختار: ابن مودود الموصلي 61/2، بداية المجتهد: ابن رشد الحفيد 229/2، مغني المحتاج 348/2،، الكافي: ابن قدامة 320/2

(38) نظرية الضمان: د. وهبة الزحيلي ص16

(39) انظر: المبسوط: السرخسي 103/15، بدائع الصنائع: الكاساني 533/6، مغني المحتاج: الشربيني 315/2، الكافي: ابن قدامة 328/2، نظرية الضمان: د. وهبة الزحيلي ص166

(40) انظر: نظرية الضمان: د. الزحيلي ص95-96، الوسيط: د. السنهوري 851/2

خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من إنشاءات، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول . [41]

المطلب الثاني: التزامات صاحب العمل

وهذه الالتزامات مستمدة من الفقه الإسلامي والقوانين المدنية التي نظمت عقد المقاولة. [42]

1 – تسلُّم العمل: يلتزم صاحب العمل بمقتضى عقد المقاولة بتسلم ما تم من العمل بعد إنجازه من قبل المقاول إذا وضعه المقاول تحت تصرفه .

فإذا امتنع صاحب العمل عن تسلمه رغم دعوته إلى ذلك وإنذاره وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تقصير منه فيعدُّ العمل بحكم المسلم إلى صاحبه وعليه ضمانه ولا ضمان على المقاول لأن المقاول أمين على ما في يده فلا يضمن ما تلف في يده من غير تعد ولا تقصير.

هذا ما لم يكن امتناعه عن التسلم بسبب مشروع كأن يكون العمل معيباً أو غير مطابق للمواصفات المشروطة في العقد . [43]

وجاء في المادة (792) من القانون المدني الأردني ما نصه: (يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه) .

2 – دفع البدل: يلتزم صاحب العمل بدفع البدل المتفق عليه عند تسلم المعقود عليه إلا إذا نص العقد أو جرى العرّف على غير ذلك .

لأن الأجرة تلزم باستيفاء المنفعة مالم يتفق أو يتعارف على غير ذلك .

وإذا طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقاً للتصميم الذي أعده المقاول استحق أجر ما قام به من عمل . [44]

---

(41) انظر: القانون الأردني (م 783-791)، الإماراتي (م 875-883)، الكويتي (م 666-670)

(42) انظر مجلة الأحكام العدلية مـــادة (225-226-439-466-468-473)، م (884-889) إمــاراتي، م (792 – 797) أردني

(43) انظر: عقد المقاولة والتوريد: علي أبو البصل ص187

(44) انظر: بدائع الصنائع: 204/4، المهذب: الشيرازي 417/1، الكافي: ابن قدامة 313/2، عقد المقاولة والتوريد: د.علـــي أبو البصل ص191

وجاء في المادة (793) من القانون المدني الأردني ما نصه: (يلتزم صاحب العمل بدفع الأجرة عند تسلم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرّف على غير ذلك)

وهذه الالتزامات نصت عليها أيضاً القوانين المدنية الأخرى .[45]

المبحث السادس: انتهاء عقد المقاولة

ينتهي عقد المقاولة وتنقضي آثاره بإحدى الحالات الآتية:

1 – إنجاز العمل المتفق عليه: فإذا أُنجز العمل المطلوب (حسب شروط العقد دون أي مخالفة؛ بأن قام المقاول بتنفيذ العمل وسلمه سليماً من العيوب ضمن المدة المحددة في العقد) لم يبق مسوِّغ لبقاء المقاولة .

وتنفيذ عقد المقاولة يعني أن كلاً من الطرفين يلتزم بتسليم الطرف الآخر ما تعهد به نتيجة العقد، فالمقاول يقوم بالتسليم بعد الإنجاز الصحيح، وصاحب العمل يقوم بتسلم العمل الذي أنجزه المقاول ودفع البدل الذي التزم بأدائه للمقاول لقاء إنجاز العمل.[46]

2 – فسخ العقد بالتراضي أو بالقضاء:

ينتهي عقد المقاولة باتفاق الطرفين على إنهائه أو فسخه (الفسخ الاتفاقي) وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بـــ (الإقالة) .

لكن الإقالة لا تكون بأثر رجعي لأن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه، إذ الزمن معقود عليه وما مضى من الزمن لا يعود .[47]

فإن لم يتفق الطرفان على الفسخ جاز فسخه قضاءً بطلب أحد الطرفين، ويكون الفسخ القضائي في حالة تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ على أن يكون قد أعذر المدين من قبل .

ونصت المادة (246) من القانون المدني الأردني على أنه:

---

(45) انظر: القانون الأردني (م 792-797)، الإماراتي (م 884-889)، الكويتي (م 671-679)

(46) انظر: العقود المسماة: د. وهبة الزحيلي ص281، الوسيط: د. السنهوري 235/7

(47) انظر: بدائع الصنائع: 222/4، بداية المجتهد: 299/2، مغني المحتاج 355/2، المغني: 35/4

1. في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفِّ أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد؛ جاز للعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه .

2. ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى، ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى .

وللقاضي سلطة تقديرية فيما يتعلق بالحكم بالفسخ، ويجوز له أن يلزم المدين بالتنفيذ بالحال أو ينظره إلى أجل مسمى، وله أن يقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى. (48)

3 – فسخ المقاولة لعذر طارئ (استحالة التنفيذ):

إذا حدث عذر طارئ أو قوة قاهرة حالت دون تنفيذ العقد، أو إتمام تنفيذه انقضى الالتزام وانفسخ العقد، أو جاز للمقاول طلب فسخ العقد أو إنهاؤه حسب الأحوال إذا ثبت أن الوفاء بالالتزام أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه . (49)

وهذا معروف في فقه الحنفية الذين أجازوا فسخ الإجارة بالأعذار الطارئة، فإذا تضرر أحد العاقدين بالفسخ جاز له مطالبة الطرف الآخر بالتعويض المتعارف عليه . (50)

وهو ما قررته المادة (247) من القانون المدني الأردني فنصت على أنه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه).

4 – موت المقاول: ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً في العقد على أن يعمل بنفسه أو اعتباراً لمؤهلاته الشخصية . (51)

فإن لم يكن هناك مثل هذه الشروط، أو لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، وفي

---

(48) انظر: مصادر الحق: د.السنهوري 195/6، العقود المسماة: د. وهبة الزحيلي ص281، عقد المقاولة والتوريد: د. علـــي أبو البصل ص271

(49) انظر: المدخل الفقهي العام: د. مصطفى الزرقا 527/1، النظريات الفقهية: د. فتحي الدريني ص183، العقود المـــسماة: د. وهبة الزحيلي ص281

(50) انظر: بدائع الصنائع: الكاساني 197/4، حاشية ابن عابدين 87/6 .

(51) انظر: الوسيط: د. السنهوري 256/7 ، العقود المسماة: د. وهبة الزحيلي ص281

حال الموت أو الفسخ يدخل في التركة قيمة ماتم من الأعمال والنفقات حسب شروط العقد ومقتضى العرّف . (52)

ونصت القانون المدني على أنه: (ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه، أو كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد) (53)

المبحث السابع: أحكام تتعلق بالمقاولة

المطلب الأول: حكم الإضافات والتعديلات في عقد المقاولة:

إن كل إضافة أو تعديل على العمل المتفق عليه لا يلزم به المقاول ما لم يوجد اتفاق جديد على البدل المستحق لهذه الإضافات أو التعديلات .

ونصت القوانين المدنية الإسلامية على أن المقاول يستحق زيادة في البدل المتفق عليه مقابل هذه الزيادات والتعديلات في حالتين: (54)

1. **حالة تعديل التصميم أو زيادة التكاليف لسبب يرجع إلى رب العمل: كأن يقدم معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريدها للبناء، أو يتأخر في الحصول على الترخيص، أو في تقديم الأرض التي تم البناء عليها، فينتج عن ذلك تحميل المقاول نفقات أو تكاليف إضافية.**
2. **إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة بإذن صاحب العمل أو رغبته.**

وعليه فإن حكم الإضافات والتعديلات هو إلزام صاحب العمل بها، ولا يتحمل المقاول عبء الإضافة أو التعديل، لأن ذلك زائد على مضمون المقاولة المتفق عليها .

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في عقد المقاولة

الشرط الجزائي: هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه . (55)

(52) انظر: بدائع الصنائع: 222/4، بداية المجتهد: 230/2، مغني المحتاج: 356/2، المغني: 467/5-468

(53) انظر: القانون الأردني المادة (804)، القانون الإماراتي المادة (892 – 896)

(54) القانون المدني الكويتي (م 690)، الأردني (م 795)، الإماراتي (م 887)

(55) الشرط الجزائي: د. أسامة الحموي ص46

وهذا داخل تحت مضمون الحديث الشريف: (المسلمون على شروطهم) .[56]

وما رواه البخاري في صحيحه: باب ما يجوز من الاشتراط، من حديث ابن سيرين:

أن القاضي شريح قال: (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه) .

وقد أقره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة في الرياض (1421/6/25هـ - 2000/9/28)، فجاء فيه:

(- يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

- يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً فإن هذا من الربا الصريح .

وبناءً على هذا فيجوز هذا الشرط – مثلاً – في عقود المقاولات بالنسبة إلى المقاول، وفي عقد التوريد بالنسبة إلى المورِّد، وفي عقد الاستصناع بالنسبة إلى الصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

- الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاته مكسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي .

- لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شُرِط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.)

خاتمة: نتائج البحث

وختاما أذكر خلاصة البحث وأهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث .

1. عقد المقاولة هو اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر .
2. عقد المقاولة يشبه في مضمونه كلاً من عقدي الاستصناع والإجارة على العمل، فاستمد معظم أحكامه من هذين العقدين، إلا أنه أصبح عقداً مستقلاً له أركانه وشروطه وأحكامه وآثاره الخاصة، كما نظمت القوانين المدنية عقد المقاولة بما يتناسب وأهمية هذا العقد وتطبيقاته.

(56) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما نكر عن النبي r في الصلح رقم 1352 عن أبي هريرة t

3. يستند عقد المقاولة في مشروعية إلى أدلة من القرآن والسنة وعمل الأمة.
4. الفقهاء المتقدمون وإن لم يتناولوا أحكام هذا العقد بشكل مباشر إلا أنهم أصلوا كثيراً من مسائله وأحكامه .
5. تتنوع المقاولة وتختلف بحسب العلاقة بين صاحب العمل والمقاول إلى ثلاث صور هي: عقد المقاولة المباشرة أو الأصلية، وعقد المقاولة من الباطن، وعقد المقاولة الموازي .
6. للمقاولة أربعة أركان: الصيغة والعاقدان والمحل والبدل، ويشترط في كل منها الشروط العامة للعقود في الفقه الإسلامي مع بعض الشروط الخاصة بعقد المقاولة.
7. أغلب عقود المقاولات تكون مصحوبة بالوثائق التي تبيّن أوصاف المعقود عليه من التصميم والمقايسة ودفتر الشروط، وهذا مما يضيق أسباب النزاع ويعين على الوفاء بالعقد ويدفع كل لبس أو سوء تأويل .
8. يلتزم المقاول بإنجاز العمل المطلوب وتسليمه لصاحبه في الزمان والمكان المحددين حسب الشروط المتفق عليها، كما يلتزم بضمان سلامة العمل وخلوه من العيوب وصلاحيته للانتفاع به بعد تسليمه لمدة يتفق عليها في العقد .
9. يلتزم صاحب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه من قبل المقاول ودفع البدل المتفق عليه .
10. تنتهي المقاولة إما بتنفيذ مقتضى عقد المقاولة (إنجاز العمل وتسليمه)، أو بفسخ المقاولة عن طريق التراضي أو التقاضي أو استحالة التنفيذ أو موت المقاول إن كان مشروطاً في العقد أن يعمل بنفسه .
11. لا يلزم المقاول بأي تعديل أو إضافة إلى العمل ما لم يوجد اتفاق جديد على البدل المستحق لهذه الإضافات أو التعديلات .
12. يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً يلتزم من خلاله كل من أخل بالعقد التعويض عن الضرر المالي الفعلي وما لحق بالمضرور من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد، ما لم يكن إخلاله بسبب خارج عن إرادته .

وأخيراً يمكننا القول: إنَّ الفقه الإسلامي يمتاز بمرونته ومواكبته لمتطلبات العصر وشمول أحكامه لكل المستجدات والنوازل .

المصادر والمراجع

- ابن جزي: ابن جزي الكلبي المالكي. القوانين الفقهية . دار القلم – بيروت 1977م
- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد . دار المعرّفة – بيروت ط1978/4م
- ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار . دار الكتب العلمية – بيروت 1994م
- ابن قدامة المقدسي: الكافي في فقه أحمد بن حنبل . المكتب الإسلامي – بيروت ط5
- ابن قدامة المقدسي: المغني والشرح الكبير . دار الحديث – القاهرة ط1996/1م
- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين . دار الجيل – بيروت 1973م
- ابن منظور: لسان العرب . دار صادر – بيروت 1997م
- أبو البصل: د. علي أبو البصل. عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي. دار القلم – الإمارات. ط1 / 2003م
- البخاري: صحيح البخاري . دار ابن كثير – بيروت تحقيق: د. مصطفى ديب البغا
- البهوتي: منصور بن يونس البهوتي . كشاف القناع. دار الفكر – بيروت 1982م
- الحطاب: مواهب الجليل على مختصر خليل . دار الفكر – بيروت ط1977/2م
- الحموي: د. أسامة الحموي . الشرط الجزائي . دار الخير – دمشق ط1 /1997م
- حيدر: علي حيدر . درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية . دار الجيل – بيروت ط1
- الخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل . دار الكتب العلمية – بيروت ط1977/1م
- الدريني: د. فتحي الدريني . الفقه المقارن . منشورات جامعة دمشق 1998م
- الدريني: د. فتحي الدريني . النظريات الفقهية . منشورات جامعة دمشق ط1992/3م
- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . دار الكتب العلمية – بيروت 1996م
- الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس . دار الفكر – بيروت ط1994/3م

- الزحيلي: د. وهبة الزحيلي . العقود المسماة في قانون المعاملات المدنيــة الإمــاراتي والقــانون المدني الأردني . دار الفكر ط 1987 م
- الزحيلي: د. وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . دار الفكر – دمشق ط4
- الزحيلي: د. وهبة الزحيلي . عقد المقاولة شرعاً وقانوناً . منظمة المؤتمر الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة 2003م الدوحة – قطر
- الزحيلي: د. وهبة الزحيلي . نظرية الضمان . دار الفكر – دمشق ط 8 / 2008م
- الزحيلي: د. محمد الزحيلي . العقود المسماة (البيع – المقايضة – الإيجار) منشورات جامعة دمشق ط4 / 1994م
- الزرقا: د. مصطفى الزرقا . المدخل الفقهي العام . دار الفكر – دمشق ط1967/9م
- السرخسي: المبسوط . مطبعة السعادة – مصر ط 1
- السنهوري: د. عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني المــصري منــشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ط3 / 1998م
- السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي . دار إحيار التراث العربي – بيروت
- السيواسي: الكمال بن الهمام . فتح القدير على الهداية . دار الفكر – بيروت
- الشافعي: الإمام محمد بن إدريس الشافعي . الأم . دار المعرّفة – بيروت ط1973/2م
- الشربيني: الخطيب الشربيني . مغني المحتاج. دار الكتب العلمية – بيروت ط1 / 1992م
- الشيرازي: المهذب . دار المعرّفة – بيروت
- الضرير: د . الصديق محمد الأمين الضرير . الغرر وأثره في العقود فــي الفقــه الإســلامي. دار الجيل – بيروت . ط 2 / 1990م
- الفيروزآبادي: القاموس المحيط . دار الفكر – بيروت 1995م
- قره: فتيحة قرة . أحكام عقد المقاولة . منشأة المعارف ط1 / 1992م
- القشيري: مسلم بن الحجاج . صحيح مسلم . دار إحياء التراث العربي - بيروت

- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . دار الكتب العلمية – بيروت ط1997/1م
- الكردي: د. أحمد الحجي الكردي . فقه المعاوضات . منشورات جامعة دمشق ط1989/2
- المصري: توفيق يونس المصري. الجامع في أصول الربا، دار القلم – دمشق ط2001/2
- الموصلي: ابن مودود. الاختيار لتعليل المختار. دار المعرّفة – بيروت ط1975/3م
- الميداني: عبد الغني الغنيمي . اللباب في شرح الكتاب . دار الكتاب العربي- بيروت
- النووي: يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين . دار الكتب العلمية – بيروت 1992م

تاريخ ورود البحث إلى مجلة دامعة دمشق 2010/3/15.